

# Mag de verzekeraar die de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek schendt, het verkregen bewijs gebruiken?

*Mr. L.K. de Haan en mr. M. Vrijenhoek\**

## 1 Inleiding

De Gedragscode Persoonlijk Onderzoek (GPO) is een branchereglement dat in Nederland wordt gehanteerd binnen de verzekeringssector. De GPO biedt verzekeraars handvatten bij het uitvoeren van (persoonlijk) onderzoek. De GPO bevat richtlijnen voor onderzoeksmethoden, de omgang en communicatie met betrokken partijen tijdens het onderzoek en het gebruik van bewijsmateriaal. Dit artikel gaat over de vraag wat er met het verkregen bewijs dient te gebeuren als de verzekeraar de regels uit de GPO schendt en sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs. Er gaan stemmen op om het bewijs dan buiten beschouwing te laten. Wij menen dat dat onwenselijk is, aangezien fraude daarmee niet wordt tegengegaan maar wordt beloond. Het corrigeren van de onrechtmatige handelwijze van de verzekeraar kan in onze visie beter op andere wijze geschieden, namelijk via toepassing van het schadevergoedingsrecht.

In deze bijdrage zullen wij allereerst een fictieve casus voorleggen, waarmee wij beogen het onderhavige probleem te schetsen (par. 2). Vervolgens werken wij het spanningsveld uit tussen fraudebestrijding en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (par. 3). In paragraaf 4 wordt kort de GPO toegelicht. In paragraaf 5 omschrijven wij aan de hand van juridische literatuur en rechtspraak hoe gewoonlijk wordt omgegaan met schendingen van de GPO die leiden tot onrechtmatig verkregen bewijs van fraude. Dat bewijs wordt vaak buiten beschouwing gelaten. Dat en waarom wij dat een onwenselijke uitkomst vinden, lichten we in paragraaf 6 toe. We dragen daar ook een oplossing aan die wij meer recht vinden doen aan alle feiten en omstandigheden.

## 2 Casus

Een relatief jonge kantoormedewerker, we noemen hem meneer X, raakt betrokken bij een verkeersongeval. Mijnheer X stelt als gevolg van het ongeval letsel te hebben opgelopen en

schade te lijden. Voor de gevolgen van het ongeval is een WAM-verzekeraar aansprakelijk. De verzekeraar pakt de schaderegeling op met mijnheer X en keert meteen een voorschot aan hem uit van € 2500. Volgens mijnheer X heeft hij als gevolg van de aanrijding ernstige klachten, die hem in belangrijke mate beperken in zijn dagelijks leven. Mijnheer X geeft onder andere aan niet meer te kunnen bijdragen in het huishouden, stelt de tuin niet meer te kunnen onderhouden, en meent ook niet meer op kantoor te kunnen werken. De medisch adviseur aan de zijde van mijnheer X concludeert tot een Whiplash Associated Disorder, graad II. Volgens mijnheer X is zijn letselschade enorm, want hij ziet zichzelf niet herstellen. Ook stelt mijnheer X dat, als gevolg van de aanrijding, zijn net aangeschafte kunstwerk kapot is gegaan. Als bewijs stuurt hij twee foto's in van het kapotte kunstwerk, nog liggend op de achterbank van zijn auto. Mijnheer X vordert ook van deze schade vergoeding door de verzekeraar. De verzekeraar keert opnieuw een voorschot uit, dit keer van € 10.000. De medisch adviseur van de verzekeraar rapporteert na verloop van tijd aan de verzekeraar en komt tot de conclusie dat mijnheer X kampt met tijdelijke (pijn)klachten. De medisch adviseur van de verzekeraar adviseert af te wikkelen op basis van tijdelijk ongemak.

Naarmate de tijd verstrijkt, wordt de verzekeraar wat argwanend. Concrete aanwijzingen dat het niet klopt, behalve wellicht de visie van de eigen medisch adviseur, zijn er niet. Toch besluit de verzekeraar persoonlijk onderzoek te laten uitvoeren. Uit dat onderzoek blijkt dat mijnheer X zich in het dagelijks leven nogal anders gedraagt dan men zou verwachten op basis van de door hem gestelde klachten en beperkingen. Mijnheer X is hele dagen onkruid wiedend te vinden in zijn volkstuinje, staat ramen lappend in zijn voortuin, helpt zijn burens met zware meubels verhuizen en houdt avond aan avond de boekhouding bij van meerdere personen in zijn directe omgeving. Uit het onderzoek blijkt ook dat mijnheer X exact het kunstwerk waarvan hij zei dat het door de aanrijding kapot was gegaan, voor veel geld te koop aanbiedt via een

\* Mr. L.K. de Haan is advocaat bij V&A Advocaten te Rotterdam. Mr. M. Vrijenhoek is advocaat bij V&A Advocaten te Rotterdam.

kunsthandelaar. De toegestuurde foto's blijken handig gefotografeerd te zijn.

De verzekeraar start daarop een procedure, brengt het bewijs in dat hij heeft vergaard met het persoonlijk onderzoek, en vordert voor recht te verklaren dat hij met de gedane voorschotbetalingen van in totaal € 12.500 aan zijn verplichtingen ten opzichte van mijnheer X (ruimschoots) heeft voldaan. Mijnheer X verweert zich en voert aan dat de vordering van de verzekeraar moet worden afgewezen. Mijnheer X stelt ook een tegenvordering in, daartoe strekkende dat de verzekeraar de schadeafwikkeling met hem voortzet. Volgens mijnheer X moet het door de verzekeraar in de procedure overgelegde bewijs buiten beschouwing worden gelaten door de rechter. Hiertoe voert mijnheer X aan dat de verzekeraar op onrechtmatige wijze inbreuk heeft gemaakt op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Volgens mijnheer X mocht de verzekeraar helemaal geen persoonlijk onderzoek naar hem doen. Mijnheer X wijst in dat verband op de GPO en stelt dat de verzekeraar in strijd hiermee heeft gehandeld. Mijnheer X wijst erop dat deze code een vorm van zelfregulering van verzekeraars is, en spreekt er schande van dat de verzekeraar zijn eigen regels niet naleeft. De verzekeraar geeft in de procedure toe dat hij op grond van de GPO geen persoonlijk onderzoek had mogen doen, maar wijst op al het bewijs dat er ondertussen wél ligt, en waaruit overduidelijk blijkt dat sprake is van fraude. Volgens de verzekeraar kan het niet zo zijn dat hij (veel) méér dan de daadwerkelijk geleden schade – voor zover daar dan nog sprake van zou zijn – aan mijnheer X zou moeten vergoeden. De rechter staat daarmee voor de vraag of de schending van de GPO door de verzekeraar wel of niet tot gevolg moet hebben dat het bewijs dat de verzekeraar in de procedure bijeen heeft gebracht, buiten beschouwing moet worden gelaten.

### 3 Een delicate balans: fraudebestrijding versus het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer

De rechter in bovenstaande casus ziet zich gesteld voor een tamelijk lastig vraagstuk. Aan de ene kant van het spectrum speelt een rol dat vriend en vijand het erover eens is, althans dat nemen wij aan, dat fraude bestreden hoort te worden. Iemand die fraude pleegt benadeelt doelbewust een ander, om er zelf (financieel) beter van te worden. Dergelijk gedrag wordt door de maatschappij afgekeurd. Fraude, waaronder ook verzekeringsfraude, komt desondanks veel voor. In de factsheet van november 2022 van het Centrum Bestrijding Verzekeringscriminaliteit, dat onderdeel is van het Verbond van Verzekeraars, is te lezen dat verzekeraars in 2021 bijna 13.000 gevallen van aantoonbare verzekeringsfraude hebben gerapporteerd.<sup>1</sup> In dezelfde factsheet wordt vermeld dat verzekeraars, met de strijd tegen verzekeringsfraude, gezamenlijk ervoor hebben gezorgd 'dat een bedrag van ruim 85 miljoen euro niet bij kleine en grote criminelen in de portemonnee kon belanden'. De werkelijke verzekeringsfraude (zowel het aantal geval-

len als de hoogte van het bedrag) is vermoedelijk veel omvangrijker, omdat er ook veel fraude niet aan het licht komt. Verzekeraars hebben een belangrijke rol in het bestrijden van fraude. Zij zijn een van de spelers die medeverantwoordelijkheid dragen voor de waarborging van de veiligheid en integriteit van de financiële sector. In de publicatie van het Verbond van Verzekeraars uit 2015<sup>2</sup> wordt ingegaan op de belangrijke rol die verzekeraars hebben als het gaat om fraudebestrijding:

'Verzekeraars hebben een belangrijke maatschappelijke rol en bijbehorende verantwoordelijkheid. Verzekeraars bieden zekerheid en bescherming bij financiële risico's opdat burgers en bedrijven zich kunnen ontwikkelen en ondernemen. (...) Maatschappelijk verantwoord ondernemen betekent ook optreden tegen malafide klanten en relaties. Naleving van regelgeving en de wens de eigen reputatie te beschermen, spelen een rol op het terrein van fraudebeheersing. Het grootste belang om fraudeurs te dwarsbomen, ligt echter in bescherming van de belangen van bonafide klanten.'

Kenmerkend voor fraude is dat zaken bewust anders worden voorgesteld dan ze in werkelijkheid zijn. Fraude is bedrog. Iemand die fraudeert zal dat over het algemeen niet uit zichzelf zeggen tegen de bedrogene. Dat betekent dat fraude, waaronder ook verzekeringsfraude, vaak pas aan het licht komt nadat onderzoek is ingesteld om eventuele fraude vast te stellen. Dergelijk onderzoek richt zich naar de aard ervan doorgaans op de persoon van degene die van fraude wordt verdacht. Als dergelijk onderzoek in alle openheid plaatsvindt, pleegt de fraudeur zijn handelen erop aan te passen. Dat betekent dat onderzoek naar de persoon van degene die van fraude wordt verdacht in sommige gevallen niet open en bloot kan worden gedaan. Daarmee komt een andere kant van het spectrum in beeld. De wet kent namelijk aan eenieder het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer toe. Het gaat hier om een recht van groot gewicht, dat is verankerd in art. 10 van onze Grondwet en mede wordt beschermd door art. 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Op grond van art. 6:162 BW levert een schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer een onrechtmatige daad op – namelijk een inbreuk op een recht –, tenzij voor die inbreuk een rechtvaardigingsgrond is aan te wijzen. In diens hierna te bespreken arrest uit 2014<sup>3</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het instellen van een persoonlijk onderzoek als hier aan de orde door een verzekeraar een inbreuk vormt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de onderzochte. Zodanige inbreuk is in beginsel onrechtmatig, maar de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond kan aan een inbreuk het onrechtmatige karakter ontnemen, aldus de Hoge Raad. Of zo'n rechtvaardigingsgrond zich voordoet, zo volgt uit dit arrest, 'kan slechts worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van

1 CBV Factsheet, zie [www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl).

2 Toekomst in aanpak van verzekeringsfraude, zie [www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl).

3 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (Achmea/Rijnberg), r.o. 5.2.1.

het geval door tegen elkaar af te wegen enerzijds de ernst van de inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds de belangen die met de inbreuk makende handelingen redelijkerwijs kunnen worden gediend (vgl. HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9609, NJ 2003/589). De Hoge Raad voegt eraan toe: ‘In dit verband kunnen de aard en inhoud van de verzekeringsovereenkomst mede van belang zijn.’

De verzekeraar die door middel van persoonlijk onderzoek fraude probeert aan te tonen, begeeft zich dus in principe binnen het leerstuk van de onrechtmatige daad. Over het algemeen wordt weliswaar aanvaard dat fraudebestrijding een rechtvaardigingsgrond kan vormen, maar als fraudeonderzoek niet gerechtvaardigd is (of achteraf blijkt te zijn), levert de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 lid 2 BW op. Dat is ook zo als een verzekeraar achteraf gezien gelijk heeft – er is sprake van fraude –, maar vooraf gezien – krachtens de GPO – geen persoonlijk onderzoek had mogen doen. Op grond van art. 6:162 lid 1 BW is degene die een onrechtmatige daad pleegt, gehouden de schade die de ander daardoor lijdt te vergoeden. Dat is een sanctie die de wet verbindt aan de onrechtmatige daad. Een sanctie die de wet níet kent, althans niet binnen het civiele recht dat van toepassing is op de hiervoor geschetste casus, is dat bewijs dat op onrechtmatige wijze is verkregen, buiten toepassing moet worden gelaten. Art. 152 Rv bepaalt dat bewijs door alle middelen rechtens kan worden geleverd en dat de waardering van het bewijs aan de rechter is. Op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad<sup>4</sup> geldt als hoofdregel dat onrechtmatig verkregen bewijs wél wordt meegenomen door de rechter in civiele procedures. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden kan het zo zijn dat onrechtmatig verkregen bewijs door de rechter buiten beschouwing moet worden gelaten. Wat die bijkomende omstandigheden zijn, wordt niet specifiek omschreven. Duidelijk is slechts dat de Hoge Raad een belangenafweging voorstaat: de ernst van de inbreuk moet worden afgewogen tegen het belang dat met het maken van de inbreuk wordt gediend.<sup>5</sup> Tweemaal heeft de Hoge Raad zich daarbij gebogen over specifiek het schenden van de GPO als zo’n bijkomende omstandigheid. In 2014 heeft de Hoge Raad zich er inhoudelijk over uitgelaten.<sup>6</sup> Recent, in 2022, heeft de Hoge Raad cassatieklachten tegen de inhoud van een hofarrest dat hier ook over ging, afgedaan op art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO).<sup>7</sup> In paragraaf 5 gaan wij op de beide arresten nader in.

4 HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500; HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0860; HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (Achmea/Rijnberg).

5 HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9609, NJ 2003/589; HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (Achmea/Rijnberg).

6 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (Achmea/Rijnberg).

7 HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1376.

#### 4 De GPO: zelfregulering door verzekeraars in het kader van fraudebestrijding en transparantie

De GPO is zelfregulering door verzekeraars, via het Verbond van Verzekeraars.<sup>8</sup> In de inleiding van de GPO wordt uitgelegd waarom de GPO is opgesteld. Het Verbond van Verzekeraars zet uiteen dat bij het aangaan en uitvoeren van verzekeringsovereenkomsten spanning kan bestaan tussen enerzijds het belang van verzekeraars om – kort samengevat – verzekeringsfraude tegen te gaan en anderzijds het belang van betrokkenen tegen ongerechtvaardigde inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. De GPO, zo vervolgt het Verbond van Verzekeraars, draagt bij aan transparantie over hetgeen verzekeraars doen qua persoonlijk onderzoek, omschrijft de uitgangspunten voor het instellen van persoonlijk onderzoek en geeft aan welke beginselen door verzekeraars daarbij in acht worden genomen. Proportionaliteit en subsidiariteit zijn daarbij belangrijke uitgangspunten, zo stelt het Verbond van Verzekeraars. In art. 1.1 van de GPO is bepaald in welke gevallen verzekeraars persoonlijk onderzoek kunnen instellen. Dat is onder andere het geval als feitenonderzoek geen of onvoldoende uitsluitsel geeft voor het nemen van een beslissing over een aanspraak op uitkering. Dat is ook zo indien gerede twijfel is ontstaan over de juistheid of volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek, zodanig dat bij de verzekeraar een redelijk vermoeden van verzekeringsfraude of andere vormen van oneigenlijk gebruik van verzekeringsproducten of -diensten is ontstaan. Art. 9 van de GPO behelst een informatieplicht van de verzekeraar, onder andere in de richting van de onderzochte. Wij denken, gelet op dit alles, dat de GPO kan worden gezien als een invulling door verzekeraars zelf van wat zij beschouwen als rechtvaardigingsgrond voor het maken van inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer bij persoonlijk onderzoek in het kader van fraudebestrijding. Daarnaast beoogt de GPO transparantie te bieden, met als doel – zo nemen wij aan – het handelen van verzekeraars in het kader van persoonlijk onderzoek controleerbaar te maken. In zijn arrest uit 2014 overweegt de Hoge Raad over het doel van de GPO:

‘Met de Gedragscode heeft het Verbond van Verzekeraars beoogd, mede ten behoeve van de verzekerden, invulling te geven aan de hiervoor genoemde belangenafweging, met name door het opnemen van de verplichting voor verzekeraars tot het in acht nemen van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.’

#### 5 Schending van de GPO: rechtspraak en literatuur

Wat nu als de verzekeraar zich niet houdt aan de eigen regels en kaders? Dat is een heikel punt, dat ook aan de orde was in de hiervoor al even kort aangehaalde zaak waarover de Hoge Raad in 2014 heeft geoordeeld.<sup>9</sup> Het ging in de betreffende zaak over het recht op uitkering onder een arbeidsongeschiktheidsverzekering. De verzekeraar in kwestie, Interpolis, had

8 Gedragscode Persoonlijk Onderzoek, zie [www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl).

9 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (Achmea/Rijnberg).

persoonlijk onderzoek laten uitvoeren en op grond daarvan geconcludeerd dat sprake was van verzekeringsfraude. Interpolis beëindigde de polis en startte een procedure waarin zij restitutie vorderde van gedane uitkeringen. De rechtbank stelde Interpolis in het gelijk, maar het hof oordeelde anders. Het hof toetste de handelwijze van Interpolis aan de GPO. Het hof overwoog dat de feiten en omstandigheden die Interpolis had aangevoerd om het instellen van persoonlijk onderzoek in dit geval te rechtvaardigen, dit niet rechtvaardigden. Uit deze feiten en omstandigheden volgde namelijk in redelijkheid niet een gerechtvaardigd vermoeden dat de verzekeringnemer Interpolis bij de uitvoering van de schadebehandeling grondig en/of structureel had misleid. Hiernaast overwoog het hof dat gesteld noch gebleken was van een structureel gebrek aan medewerking van de verzekeringnemer om langs andere weg dan via persoonlijk onderzoek de voor de beoordeling van de aanspraak op uitkering vereiste feiten te vergaren. Het hof oordeelde vervolgens, samengevat door de Hoge Raad, als volgt over het door het onterecht gedane persoonlijk onderzoek verkregen bewijs:

‘Bij de beantwoording van de vraag of onrechtmatig verkregen bewijs in een procedure kan worden meegewogen of moet worden uitgesloten, dient het belang van de waarheidsvinding te worden afgewogen tegen het belang van (het niet honoreren of voorkomen van) een normschending of een rechtsinbreuk, derhalve van een zindelijke, rechtens verantwoorde bewijsgaring. Het strookt – ook in een geval als het onderhavige waarin de ernst van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer gering is – niet met het doel van zelfregulering een verzekeraar die de Gedragscode schendt te belonen door het onrechtmatig door haar verkregen bewijs tot haar voordeel te laten strekken. Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van het bewijs is voorts van belang dat Interpolis, voor zover in dit geding gebleken, onvoldoende alternatieve wijzen van informatieverzameling heeft benut om te bezien of haar gestelde vermoeden van fraude ontkracht kon worden en voorts dat niet gezegd kan worden dat [verweerder] door zijn opstelling de onoorbare wijze van bewijsgaring heeft uitgelokt of in de hand gewerkt. De resultaten van het persoonlijk onderzoek worden dan ook bij de verdere beoordeling buiten beschouwing gelaten. (rov. 35-38).’

De Hoge Raad oordeelt ten aanzien van de hiertegen aangevoerde cassatieklachten als volgt (zie r.o. 5.4.2):

‘Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld. Het hof heeft zijn beslissing om de resultaten van het persoonlijk onderzoek buiten beschouwing te laten niet gegrond op de enkele omstandigheid dat Interpolis niet gerechtigd was tot het doen uitvoeren van dat onderzoek en het uitvoeren van dat onderzoek daarom onrechtmatig is geweest jegens [verweerder]. Het heeft mede het doel van de Gedragscode in aanmerking genomen, waarmee, gelet op hetgeen hiervoor in 5.2.1 is overwogen, niet strookt dat in de omstandighe-

den van dit geval (zie hiervoor in 3.4.4) in strijd daarmee verkregen bewijsmateriaal toch door een verzekeraar kan worden gebruikt. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onvoldoende gemotiveerd. Voor zover het onderdeel het hof verwijt noch de beperkte ernst van de inbreuk, noch de ernst van de gestelde fraude in zijn afweging te hebben betrokken, mist het feitelijke grondslag. In rov. 36 heeft het hof zich rekenschap gegeven van de naar zijn oordeel beperkte ernst van de inbreuk en in rov. 37 heeft het hof in aanmerking genomen dat geen sprake is geweest van een redelijk vermoeden van fraude.’

Uit dit arrest van de Hoge Raad volgt mitsdien dat de Hoge Raad het onder omstandigheden juridisch juist acht dat bewijs dat is verkregen in strijd met de GPO, buiten beschouwing wordt gelaten. Dit omdat die schending een bijkomende omstandigheid is zoals door de Hoge Raad bedoeld. De Vries en Oskam signaleren in dit verband dat het daarbij feitelijk gaat om dezelfde omstandigheden die bepalend zijn voor het oordeel dat sprake is van schending van de GPO.<sup>10</sup> Wij zien dit ook zo. Immers, ter beantwoording van de vraag of onrechtmatig is gehandeld, moet worden beoordeeld of de verzekeraar krachtens de GPO een persoonlijk onderzoek mocht instellen. Dat was hier niet zo, dus was geconcludeerd tot een onrechtmatige daad. Voor de vraag of het daarmee verkregen onrechtmatige bewijs mag worden geweigerd door de civiele rechter (want in principe mag de rechter juist wel acht slaan op onrechtmatig verkregen bewijs), zijn ‘bijkomende omstandigheden’ nodig. Het hof kwalificeert de schending van de GPO in dit concrete geval als ‘bijkomende omstandigheid’. Echter, het was al de primaire omstandigheid op grond waarvan tot een onrechtmatige daad werd gekomen, en dus niet een bijkomende omstandigheid. Dit lijkt op een cirkelredenering. Schending van de GPO is al voorwaarde om tot onrechtmatigheid te komen. Dan kan diezelfde schending van de GPO toch niet tevens een bijkomende omstandigheid zijn die nodig is om het bewijs buiten toepassing te laten?

In AV&S 2022/14 gaat Van Tiggele-van der Velde in op een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening waarin fraude onder een reisverzekering aan de orde was.<sup>11</sup> Die fraude was komen vast te staan nadat persoonlijk onderzoek had plaatsgevonden. De verzekeraar had de informatieplicht uit de GPO geschonden in de richting van de verzekerde. De verzekerde stelde zich op het standpunt dat de verzekeraar onrechtmatig had gehandeld jegens hem en bepleitte onder meer dat het bewijs dat met het persoonlijk onderzoek was verkregen, buiten beschouwing moest blijven. De Geschillencommissie stelde de verzekerde in het ongelijk. Van Tiggele-van der Velde is daar kritisch over in haar AV&S-publicatie en deelt onder andere de navolgende analyse:

10 H.H. de Vries & P. Oskam, Fraudeonderzoek, privacy en onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal, TVP 2014, afl. 3, p. 77-84.

11 N. van Tiggele-van der Velde, Is notacontrole bij derden feiten- of persoonlijk onderzoek in de zin van de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek? En vooral: wat zijn de gevolgen?, AV&S 2022/13.

‘Het in strijd met de eigen gedragscode handelen, zo zou mijn redenering ingevolge het Redelijk vermoeden-arrest [het door ons hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad uit 2014; LdH & MV] zijn, maakt dat sprake is van een ongerechtvaardigde en derhalve onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde. En het met dat onderzoek verkregen bewijs kan vervolgens, zo vervolg ik mijn redenering ingevolge bedoeld arrest, als onrechtmatig terzijde gesteld worden. Het is (natuurlijk) aan de partij die bewijs als uitgesloten wenst te zien om aan te voeren dat er bijkomende omstandigheden zijn die uitsluiting van dat bewijs rechtvaardigen. Het feit dat de GPO van toepassing is, vormt zo’n bijzondere omstandigheid. (...)’<sup>12</sup>

De vraag die ook opkomt – en die mij als wetenschapper eerlijk gezegd nog wel meer bezig kan houden – is hoe mijn (de verzekerde klager beschermende) analyse zich verhoudt tot het bij mij als verzekeringsjurist ook zo sterk levend gevoel om afkeurenswaardig gedrag te sanctioneren. Want bij lezing van de feiten is een gedachte die opkomt “verzekerde, ga je schamen”. Is het niet welhaast ongepast om je als verzekerde kwalijk te gedragen (verzekerde zelf wist immers dat hij fraudeerde) om vervolgens bescherming van het systeem te vragen? Dat deze gedachte door mij terzijde geschoven wordt in mijn analyse lijkt mij eigen te zijn aan de (juridische) afweging van belangen die gemaakt dient te worden. Als je als sector zelf regels stelt, dienen die regels – met inachtneming van de waardering en toepassing van die regels door de Hoge Raad – nageleefd te worden. Verzekeraar, maak een zuivere proportionaliteits- en subsidiariteitsafweging, betrek de juiste afdeling, bepaal vooraf de passende onderzoeksmethoden en informeer de betrokkene als de GPO dat van je verwacht. Het gaat daarbij niet alleen om het gedrag van deze betrokkene, maar ook om de (mogelijk onschuldige) verzekerde consumenten van de toekomst, voor wie de GPO eveneens heeft te gelden.’

Op 7 oktober 2022 heeft de Hoge Raad een art. 81 Wet RO-arrest gewezen in een zaak waarin fraude onder een brommerverzekering was komen vast te staan.<sup>13</sup> Ook hier was de fraude aan het licht gekomen nadat persoonlijk onderzoek was ingesteld. Dat onderzoek was in opdracht van de verzekeraar in kwestie, Unigarant, uitgevoerd door twee partijen: Confid en Secure Advance. Ter zake van de uitkomsten van het Confid-onderzoek oordeelde het hof dat sprake was van onrechtmatig verkregen bewijs, omdat niet voldaan was aan de in de GPO gestelde eisen. Unigarant had naar het oordeel van het hof niet aannemelijk gemaakt dat er voldoende aanleiding was voor het persoonlijk onderzoek. Daarnaast was niet voldaan aan het vereiste van subsidiariteit, aldus het hof. Naar het oordeel van het hof stond dit er evenwel niet aan in de weg dat in de gegeven omstandigheden wel rekening kan worden gehouden met de resultaten van het onderzoek. Het Secure

Advance-onderzoek voldeed naar het oordeel van het hof wel aan de eisen die de GPO stelt. Ook die resultaten konden dus worden meegenomen, aldus het hof. Dit arrest is door de Hoge Raad in stand gelaten. Over het oordeel van het hof dat de resultaten van het Confid-onderzoek wél toelaatbaar waren als bewijs, ondanks de vaststelling door het hof dat Unigarant de GPO niet had nageleefd, lijkt in cassatie niet te zijn geklaagd. Wat de Hoge Raad van specifiek dit oordeel vindt, weten wij dus niet. A-G Lindenberg geeft in zijn conclusie voor dit arrest van de Hoge Raad aan dat, zijns inziens, de overweging van de Hoge Raad uit het arrest van 18 april 2014 geen ‘categorisch oordeel’ inhoudt.<sup>14</sup> Niettemin, zo vervolgt Lindenberg, ‘biedt de verwijzing naar het doel van de GPO wel een aanwijzing dat, als een persoonlijk onderzoek onrechtmatig is omdat niet is voldaan aan de in de GPO gestelde eisen, het gebruik van daaruit verkregen informatie gelet op het doel van de GPO in beginsel buiten beschouwing moet worden gelaten’. Lindenberg voegt hieraan toe:

‘Dat sluit niet uit dat dat onder omstandigheden anders is, maar als de schending is gelegen in het ontbreken van een grondslag voor het persoonlijk onderzoek, lijkt mij dat het buiten beschouwing laten van de resultaten van dat onderzoek geïndiceerd is.’

In het hofarrest van 20 oktober 2020 dat heeft geleid tot deze art. 81 Wet RO-uitspraak van de Hoge Raad<sup>15</sup> is in r.o. 5.13 te lezen:

‘Dat het bewijs onrechtmatig is verkregen, betekent nog niet per definitie dat het ook terzijde dient te worden gelegd. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad wegen in beginsel het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, welke belangen mede aan artikel 152 Rv ten grondslag liggen, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs en is slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden de terzijdelegging van dit bewijs gerechtvaardigd. Die bijkomende omstandigheden doen zich naar het oordeel van het hof in dit geval – ook wanneer rekening wordt gehouden met het karakter van de GPO – niet voor. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat Unigarant weliswaar het beginsel van subsidiariteit niet in acht heeft genomen, maar dat het toegepaste onderzoeksmiddel, het inwinnen van informatie bij derden, geen vergaand opsporingsmiddel is, terwijl Unigarant wel redenen had om onderzoek te doen.’

Over dit oordeel is, als gezegd, niet geklaagd in cassatie. Of de Hoge Raad van oordeel is dat de toepasselijkheid van de GPO een bijkomende omstandigheid is die het rechtvaardigt dat bewijs dat in strijd met de GPO is vergaard in alle gevallen buiten

12 Dit is de redenering die wij hiervoor bedoelen, en niet begrijpen.

13 HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1375.

14 Concl. A-G Lindenberg 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:381.

15 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8489.

beschouwing moet blijven, weten we derhalve niet. Uit het arrest van de Hoge Raad uit 2014 volgt wel dat de Hoge Raad het er onder omstandigheden mee eens is dat bewijs dat is verkregen in strijd met de GPO buiten beschouwing wordt gelaten.

## 6 Wat betekent dit nu voor onze casus, en wat is onze visie?

Op basis van het arrest van de Hoge Raad uit 2014 pleiten de hiervoor door ons aangehaalde auteurs voor het in principe buiten beschouwing laten van bewijs dat is vergaard door persoonlijk onderzoek dat niet voldoet aan de eisen van de GPO. Sommige auteurs gaan daarin verder dan andere. A-G Lindenberg lijkt vooral te focussen op de situatie waarin de verzekeraar geen grond heeft om over te gaan tot persoonlijk onderzoek en bepleit voor die gevallen dat het verkregen bewijs in principe buiten beschouwing gelaten zou moeten worden. Van Tiggele-van der Velde trekt het breder, en doet ook een moreel appel op de verzekeraar. Van Tiggele-van der Velde vindt dat (ook) het niet-naleven van de informatieplicht uit de GPO voldoende grond is om bewijs buiten beschouwing te laten, ook wanneer het verrichte persoonlijk onderzoek binnen de regels van de GPO wel was toegestaan, én er fraude mee is aangetoond. Een gedachte lijkt ook te zijn dat het feit dat de GPO van toepassing is (en wordt geschonden door de verzekeraar), een bijkomende omstandigheid is die uitsluiting van het bewijs rechtvaardigt.<sup>16</sup> In het hofarrest van 20 oktober 2020 dat heeft geleid tot de hiervoor besproken art. 81 Wet RO-uitspraak van de Hoge Raad wordt dit anders gepercipieerd.<sup>17</sup>

Wat betekent dit nu voor de door ons geschetste casus? Wij denken dat de consequentie van het arrest van de Hoge Raad uit 2014 en de daarop gebaseerde visies van de door ons aangehaalde auteurs is dat de rechter zal hebben te oordelen dat de verzekeraar verplicht is om de schadebehandeling met de frauderende partij te continueren. Oftewel, de verzekeraar zal de waarde van het kunstwerk moeten vergoeden ondanks dat het niet beschadigd is geraakt. De verzekeraar zal ook de letselschade van mijnheer X moeten behandelen alsof niet zou zijn gebleken dat hij hele dagen onkruid wiedt, ramen lapt, zijn buren helpt met zware meubels verhuizen, en avond aan avond de boekhouding van meerdere personen in zijn directe omgeving bijhoudt. Wij hebben hier grote moeite mee en denken er anders over.

Vooropgesteld zij dat ook wij vinden dat een sector die eigen regels stelt, zich daaraan heeft te houden. Ons inziens is het echter logischer om een schending door verzekeraars van de GPO in beginsel te sanctioneren via het schadevergoedingsrecht. Wij zouden menen dat de verzekeraar die de GPO schendt toerekenbaar tekortschiet c.q. onrechtmatig handelt, en uit dien hoofde verplicht is de schade die de onderzochte

daardoor lijdt te vergoeden (zie art. 6:74 en 6:162 BW). Wij denken althans dat in de contractuele verhouding verzekeringnemer/verzekerde versus verzekeraar de GPO doorwerkt, zodat een schending van de GPO in die gevallen een toerekenbare tekortkoming oplevert, waarmee art. 6:74 BW als rechtsgrond voor een vordering tot schadevergoeding in beeld komt. In ieder geval kunnen partijen zich beroepen op art. 6:162 BW, omdat een schending van de GPO een ongerechtvaardigde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zou kunnen opleveren en/of strijdigheid met de maatschappelijke betamelijkheid. Het eerste (ongerechtvaardigde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer) doet zich voor als onderzoek is verricht terwijl dat op grond van de GPO niet was gerechtvaardigd. Het tweede doet zich bijvoorbeeld voor als de verzekeraar de informatieplicht die in de GPO is vervat niet naleeft, nadat eenmaal persoonlijk onderzoek is gedaan. De schadevergoedingsplicht geldt vanzelfsprekend ongeacht de resultaten van het persoonlijk onderzoek. Het gaat erom dat er geen inbreuk gemaakt had mogen worden op de persoonlijke levenssfeer van de onderzochte. Dáárvoor moet worden gecompenseerd. Wij merken daarbij overigens op dat die schade uiteraard niet kan bestaan uit compensatie van de uitkeringen die door de onderzochte worden gemist doordat de fraude aan het licht is gekomen. Schade aan niet-rechtmatige belangen komt niet voor vergoeding in aanmerking.<sup>18</sup> Wat niet-rechtmatige belangen zijn, lijkt niet helemaal helder omkaderd, maar Lindenberg omschrijft het treffend als ‘revenue van verboden handelingen’.<sup>19</sup> Fraude is verboden, en de opbrengsten van fraude kwalificeren als dergelijke revenue. Die schade komt derhalve niet voor vergoeding in aanmerking. Wél komt voor vergoeding in aanmerking bijvoorbeeld immateriële schade op grond van art. 6:106 aanhef en lid 2 BW. Nu de onderzochte door het persoonlijk onderzoek dat niet had mogen plaatsvinden in zijn/haar persoon is aangetast, past daar een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding bij, zo bepaalt de wet. Wij denken dat dit een passende oplossing biedt voor een schending door verzekeraars van de GPO. Juist ook omdat bij de bepaling van de hoogte van het bedrag van het smartengeld alle relevante feiten en omstandigheden meewegen. Denk aan de mate van inbreuk die gemaakt is op de persoonlijke levenssfeer van de onderzochte en de ernst van het verwijt dat de verzekeraar gemaakt kan worden ter zake van het overtreden van de GPO. De verzekeraar kan derhalve niet straffeloos de eigen regels schenden, en dat geldt ongeacht de uitkomst van het persoonlijk onderzoek.

Gezien het maatschappelijk belang om fraude tegen te gaan, en mede indachtig de plicht die op verzekeraars rust om mee te werken aan het tegengaan van fraude, teneinde de veiligheid en integriteit van de financiële sector te kunnen waarborgen, vinden wij het ongewenst om bewijs van fraude dat er ligt buiten toepassing te laten. Daarmee wordt immers een bewezen

<sup>16</sup> Van Tiggele-van der Velde 2022.

<sup>17</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8489.

<sup>18</sup> HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8453, NJ 2001/195 m.nt. A.R. Bloembergen.

<sup>19</sup> S.D. Lindenberg, *Schadevergoeding algemeen I* (Mon. BW nr. B34), Deventer: Wolters Kluwer 2020/46.

fraude gelaten voor wat het is, en dat vinden wij niet juist. In lijn met de redenering van de Hoge Raad over onrechtmatig verkregen bewijs in het algemeen menen (ook) wij dat het algemene maatschappelijke belang dat fraude in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, zwaarder weegt dan het belang van uitsluiting van bewijs op de grond dat het onrechtmatig is verkregen. Als de maatschappij tegen fraude is, en fraude wenst te bestrijden, moeten daar handen en voeten aan gegeven worden. De ‘bijkomende omstandigheden’, die vanzelfsprekend mogelijk moeten blijven om onrechtmatig verkregen bewijs alsnog uitgesloten te krijgen, zouden ons inziens voorts niet moeten kunnen liggen in de enkele schending van de GPO op grond waarvan het bewijs onrechtmatig werd beoordeeld, maar in daadwerkelijk *bijkomende* omstandigheden.

Daar waar sommigen stellen dat verzekeraars niet zouden moeten worden beloond voor het niet-naleven van hun eigen regels, willen wij het anders stellen.<sup>20</sup> Wij stellen dat het niet aangaat om een fraudeur te belonen voor de gepleegde fraude. Dat is wél wat er feitelijk gebeurt als de verzekeraar wordt verplicht om schade die de onderzochte aantoonbaar niet lijdt (omdat sprake is van fraude), tóch te vergoeden omdat het bewijs buiten beschouwing moet worden gelaten. De verzekeraar wordt overigens ook helemaal niet beloond als onze oplossing wordt gevolgd, zo zouden wij menen. Integendeel. De verzekeraar die de GPO schendt, is immers schadeplichtig. Wij vinden het ook niet erg gepast om te spreken van een situatie waarin de verzekeraar *beloond* zou worden. Dit gelet op de voormelde plicht die op verzekeraars rust en het algemeen belang dat de maatschappij erbij heeft dat verzekeraars deze plicht naleven. Ons inziens is de weg via het schadevergoedingsrecht, in plaats van het bewijsrecht, een mooie oplossing op maat: de verzekeraar kan beslist niet straffeloos de eigen regels schenden, maar fraude die aan het licht komt, is en blijft fraude, en wordt niet beloond.

---

<sup>20</sup> De Vries & Oskam 2014.